بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمْ

(رؤية شرعية)

بحث مقدم إلى مؤتمر

"الإسلام والتحديات المعاصرة"

المنعقد بكلية أصول الدين في الجامعة الإسلامية

في الفترة: ٢-٣/٤/٢٠٠٧م

إعداد:

د. أحمد ذياب شويدح

أستاذ مشارك في الفقه المقارن – كلية الشريعة والقانون – الجامعة الإسلامية – وعميد كلية الشريعة والقانون ... أ. عاطف أبو هربيد

ماجستير في الفقه المقارن – كلية الشريعة والقانون – الجامعة الإسلامية – ورئيس قسم الشريعة الإسلامية

أبريل/ ٢٠٠٧

ملخص

هدفت هذه الدراسة الوقوف على حقيقة عقود التوريد والمقاولات وتكييفها الشرعي ومدى مشروعيتها، خاصة وأنها قد برزت أهميتها في المعاملات الاقتصادية في ظل الواقع والتحديات الاقتصادية والصناعية التي تواجهها الأمة العربية والإسلامية.

Abstract

The aim of this study was to stand on the fact of supply contracts, construction and adaptation of the legal legitimacy, especially as they have emerged importance in economic transactions in the light of reality and the economic challenges faced by the industrial and the Arab and Islamic nation،

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، وقدوة المربين سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه، ومن سار على هديهم إلى يوم الدين، وبعد:

إن المجتمع العربي والإسلامي في جملته مجتمعاً استهلاكياً وليس صناعياً؛ مما يدفعها إلى استيراد ما توصل

إليه العالم الصناعي من تقنيات صناعية عالية، أو استصناعها، كالآلات والمعدات الحديثة؛ لأهميتها الاقتصادية والعلمية، ودورها الخطير في تقديم خدمات الصحة والتعليم والدفاع وغير ذلك مما تتوقف عليه الحفاظ على مصالح الأمة، كما أن عقود التوريد والمقاولات قد تكون عقوداً عامة، وقد تكون عقوداً خاصة يعقدها الأفراد أو الشركات.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في النقاط التالية:

إن الشريعة لها مقاصد وغايات تعمل على رعايتها، وعقود التوريد والمقاولات لها علاقة مهمة وكبيرة بهذه المقاصد وهذه الغايات، مما يستدعي بيان الأحكام المترتبة عليها.

التحديات المعاصرة التي تتمثل في التقدم العلمي والصناعي عند الغرب مع ما يقابله من تأخر في هذا المجال عند العالم العربي والإسلامي؛ مما يستلزم إجابات شرعية على تلك العقود التي تهدف إلى استيراد ما عجزت الأمة عن صنعه أو إنتاجه وهي بأمس الحاجة إليه..

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى تحقيق ما يلي:

تقديم ورقة عمل للمشاركة في مؤتمر الإسلام والتحديات المعاصرة، للمساهمة في بيان دور الإسلام في معالجة المشكلات الناجمة عن تأخر الأمة صناعياً وعلمياً، وحاجتها إلى استيراد ما عجزت عن صنعه.

الوقوف على حقيقة عقد التوريد وعقد المقاولة.

بيان التكييف الشرعي والحكم الفقهي لعقدي التوريد والمقاولة.

منهج البحث وخطته:

يقوم البحث على المنهج التحليلي الاستنباطي من خلال النصوص الشرعية من القرآن والسنة وأقوال العلماء، وقد تم إعداد خطة البحث بعد المقدمة السابقة كما يلي:

المبحث الأول: عقود التوريد وأنواعها.

...المبحث الثاني: التكييف الشرعي والحكم الفقهي لعقد التوريد.

...المبحث الثالث: عقود المقاولات وأنواعها.

...المبحث الرابع: التكييف الشرعي والحكم الفقهي لعقد المقاولة.

...الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

عقود التوريد وأنواعها

...إن عقود البيع يختلف مآلها باختلاف طبيعة محل العقد، فقد يكون سلعة موجودة أو غير موجودة،

وحينئذٍ يؤول العقد إما إلى بيع أو إلى ما يشبه السلم، وهي بذلك تؤول إلى ما يُعرف بعقود التوريد، وقد يكون محل العقد عملاً أو منفعة، وفي هذه الحالة يؤول العقد إما إلى إجارة أو إلى استصناع، وهي بذلك تؤول إلى ما يُعرف بعقود المقاولة.

فالعقود التي يكون محل العقد فيها سلعة وهذه السلعة موجودة عند البائع، أو غير موجودة عنده ولكنه قادر على إحضارها عند موعد الاستحقاق تُسمى عقود توريد، وقبل الشروع في بيان أهم أحكام هذا النوع من العقود من الأهمية بمكان التعريف بعقود التوريد وذلك كما يلي:

المطلب الأول: تعريف عقود التوريد:

أولاً: تعريف التوريد لغة:

...التوريد مأخوذ من الفعل وَرَدَ يرِد وروداً، ووَرَدَ له عدة معان منها وَرَدَ بمعنى حضر، وأورده واستورده أحضره (الرازي، ١٩٩٥: ٢٩٨؛ ابن منظور، د. ت.: ٤٥٧/٣؛ الفيومي، ١٩٩٧: ٣٣٧)، وهذا المعنى هو المراد هنا.

ثانياً: تعريف عقد التوريد اصطلاحاً:

...يعتبر عقد التوريد من العقود المعاصرة التي لم يبحثها الفقهاء المتقدمون، وكانت أكثر تطبيقاته في العقود الإدارية؛ ولذلك كانت أكثر تعريفات الباحثين لعقد التوريد تتناوله على أنه من العقود الإدارية، فقد نقل الطماوي تعريف محكمة القضاء الإداري في مصر لعقد التوريد بأنه:" اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين فرد أو شركة، يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين"(الطماوي، ١٩٩١: ١٢١؛ المطلق، ١٩٩٣: ٢٤).

...ويشير المطلق (المطلق، ١٩٩٣: ٢٤) إلى أن هذا التعريف قد قصر عقد التوريد على ما كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام، مع أن عقد التوريد قد يكون عقداً خاصاً بين الأفراد، أو بين الأفراد والشركات الخاصة، أو بين الشركات الخاصة فيما بينها، كما أن الفقه الإسلامي لا يفرق بين العقود الإدارية والعقود الخاصة.

...ويعرّف المصري (المصري، ١٩٩٦: ٢٠٥) عقد التوريد بأنه:" عقد بين جهة إدارية عامة (أو جهة خاصة) ومنشأة خاصة (أو عامة)، على توريد أصناف محددة الأوصاف، في تواريخ معينة لقاء ثمن معين، يُدفع على نجوم".

...ويلاحظ المطلق (المطلق، ١٩٩٣: ٢٥) أن عقد التوريد كما يكون منجماً على دفعات، يمكن أن يكون منجزاً على دفعة واحدة، ومثال ذلك: كما لو تعاقدت دائرة حكومية أو مؤسسة خاصة مع

شركة استيراد أجهزة حاسوب على توريد مائة جهاز حاسوب بأوصاف معينة دفعة واحدة.

وبناءً على ما سبق فإن المطلق (المطلق، ١٩٩٣: ٢٥) عرّف عقد التوريد بأنه:" عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين تسليم الطرف الآخر أشياء منقولة بثمن معين".

الترجيح:

يرجح الباحثان لتعريف عقد التوريد ما اختاره المطلق؛ لسلامة تعريفه من الاعتراضات سابقة الذكر، وعليه فإن عقود التوريد هي: العقود التي يتعهد بمقتضاها أحد المتعاقدين تسليم الطرف الآخر أشياء منقولة بثمن معين.

المطلب الثاني: أقسام عقود التوريد:

...الملاحظ أن عقود التوريد تتعدد أقسامها بحسب اعتبارات مختلفة هي على النحو التالي:

الفرع الأول: باعتبار مدى حرية المتعاقدين في قبول العقد أو رفضه:

...وبهذا الاعتبار تنقسم عقود التوريد إلى قسمين هما:

١- عقود التوريد الموحدة:

...وهي العقود التي تُعقد لأجل توريد خدمات الماء والكهرباء والغاز والهاتف، ويُلاحظ في هذه العقود أن أحد طرفي العقد وهي الجهة المقدمة للخدمات تقف موقف القوي المستغني، بينما يقف الطرف الآخر موقف المذعن المحتاج الذي تُملى عليه الشروط (المطلق، ١٩٩٣: ٣١).

...ويرى المطلق (المطلق، ١٩٩٣: ٣١) أن هذه العقود شبيهة بعقود الشراء المستمر كأن يشتري الإنسان لبن الشاة شهراً، كما أنه لا يعلم أحداً من العلماء يشترط تسليم الثمن مقدماً فيها، ولا يجعل ذلك من باب السلم.

٢- عقود التوريد الحرة:

...وهي تلك العقود التي يتمتع فيها كل من طرفي العقد بحريته التامة في إنشاء العقد وتحديد شروطه، وغالبية عقود التوريد تندرج تحت هذا النوع.(المطلق، ١٩٩٣: ٣٢).

الفرع الثاني: باعتبار طبيعة العقد:

...وتنقسم عقود التوريد بهذا الاعتبار إلى قسمين هما:

١- عقود التوريد الإدارية:

...وهي تلك العقود التي يكون أحد طرفيها جهة إدارية حكومية، وموضوع هذه العقود يتعلق بمصلحة المرافق الحكومية العامة، كتوريد الملابس للعسكريين والمرضى والرياضيين من موظفي الحكومة، وتوريد الأطعمة لمؤسسات الجيش والمستشفيات الحكومية، وتوريد المفروشات كالمكاتب والمقاعد، والأدوات المكتبية كأجهزة الحاسوب وغيرها للدوائر الحكومية. (المطلق، ١٩٩٣: ٣٢).

٢- عقود التوريد الخاصة:

...وهي العقود التي لا تكون أية جهة إدارية حكومية طرفاً فيها، وإنما الطرفان فيها من الأفراد أو الشركات الخاصة (المطلق، ١٩٩٣: ٣٢)، كتوريد أثاث مدرسي من قبل شركة خاصة لمدرسة خاصة غير حكومية، وتوريد أدوية لمستشفى خاص غير حكومي والمورد شركة خاصة، وغيرها.

الفرع الثالث: باعتبار موضوع العقد:

...وتنقسم عقود التوريد بهذا الاعتبار إلى قسمين هما:

١- عقود التوريد العادية:

...وهي العقود التي موضوعها عبارة عن منقولات تم الاتفاق على مواصفاتها، ويكون المورد حراً في اختيار المصدر الذي يحصل من خلاله على هذه المنقولات (المطلق، ١٩٩٣: ٣٣)، وقد تكون هذه العقود خاصة أو إدارية.

٢- عقود التوريد الصناعية:

...وهي العقود التي يكون موضوعها عبارة عن تسليم منقولات يصنعها المورد (المطلق، ١٩٩٣: ٣٣)، ومنها ما يكون خاصاً، ومنها ما يكون إدارياً تملك الإدارة حرية كبيرة في التدخل أثناء تصنيع وإعداد هذه المنقولات (الطماوي، ١٩٩١: ١٢٥)، وعقود التوريد الصناعية يتردد تصنيفها بين عقود توريد أو مقاولات استصناع، ومن أمثلتها: الاتفاق مع مصنع أثاث لتصنيع أنواع من الأثاث بمواصفات معينة يقوم بتوريدها لجهة إدارية أو خاصة.

المبحث الثاني

التكييف الشرعي والحكم الفقهي لعقد التوريد

عقود التوريد من العقود المعاصرة كما أُشير إلى ذلك سابقاً، ومن ثَم فحكمها هو الحكم الراجح في المسألة الخلافية القائمة على: (هل الأصل في العقود الصحة والجواز إلا ما نص الشارع على بطلانه، أو الأصل فيها الحظر والبطلان إلا ما نص الشارع على صحته)، وليس هنا موضع بحثها، حيث رجّح الباحثان أن الأصل في العقود الصحة والجواز إلا ما نص الشارع على بطلانه، وعليه فإن عقود التوريد تُعتبر عقوداً مشروعة.

...ويشير المصري (المصري، ١٩٩٦: ٢٠٥،٢١٧) إلى أن عقود التوريد تشبه عقد البيع، وتشبه بيع السلم من جهة اشتراط تحديد أوصاف المعقود عليه، والقدرة على تسليمه، وتحديد مواعيد التسليم، إلا أن المطلق (المطلق، ١٩٩٣: ٣١ وما بعدها) يشبهها بصور فقهية بحثها الفقهاء المتقدمون كبيع موصوف في الذمة غير معين على غير وجه السلم، وكالشراء المستمر، والجمع بين البيع والإجارة، وبيع ما يتكرر قطفه، ولا يعلم أحداً من العلماء يرى أن عقود التوريد من بيع السلم.

...ونظراً لكون البدلان – المبيع والثمن – يتأجلان في عقود التوريد إلى آجال محدودة ومعلومة شبهها المصري بعقد الاستصناع (المصري، ١٩٩٦: ٢٠٥،٢١٧)، وتحديداً بمفهومه عند صاحبي أبي حنيفة إذ أجازوا فيه عدم تعجيل الثمن خلافاً للسلم، كما أنهما اعتبراه عقداً جائزاً غير لازم مع عدم ذكر الأجل، ولازماً بتحديده (السرخسي، ١٩٨٥: ١٣٩/١٢ وما بعدها).

...وبناءً على أن عقود التوريد قد يتأجل فيها البدلان طُرِحت عدة شبهات كالغرر، وبيع الدين بالدين – بيع الكالئ بالكالئ – وبيع ما ليس عند الإنسان، وهذا يحتاج إلى بيان وفق المطالب التالية:

المطلب الأول: مسألة الغرر:

...يُعد تصور الغرر في عقود التوريد من أهم النتائج المترتبة على تأجيل البدلين فيها، خاصة وأن عقد البيع الذي يُعجل بدلاه أبعد عن الغرر؛ ولذلك قال الشيرازي (الشيرازي، د. ت.: ٢٩٧/١) بشأن السلم:" ويجوز حالاً؛ لأنه إذا جاز مؤجلاً فلأن يجوز حالاً وهو من الغرر أبعد أولى"، بينما البيع الذي يُعجل فيه بدل ويُؤجل الآخر لا يخلو من غرر، وعليه فليس غريباً أن يُعتبر عقد السلم عقد غرر، وليس غريباً أن يُتصور ازدياد الغرر في العقد نتيجة لتأجيل البدلين فيه، فقد قال صاحب الإقناع:" لأن في السلم غرراً فلا يضم إليه غرر تأخير رأس المال" (الشربيني، ١٩٩٤: ٢٩٦/٢).

استناداً إلى ما سبق فإن المصري (المصري، ١٩٩٦: ٢٢١ وما بعدها) يبرر تصور زيادة الغرر في تأجيل البدلين بأنه جاء نتيجة لنظرة العلماء إلى البدلين، فرأوا زيادة في الغرر، ويشير لو أنهم نظروا إلى المتعاقدين لما تصوروا وجود زيادة في الغرر، ولكان المتعاقدان متساويين في تحمل المخاطرة؛ لأن الغرر لا يُنظر إليه من حيث ذاته، وإنما يُنظر إليه من حيث أثره على المتعاقد، وبالتالي فلا فرق في الغرر الناتج عن تأجيل أحد البدلين وبين الغرر الناتج عن تأجيل كليهما.

...ويرى الضرير أن تبرير المصري غير مقنع، وأن الغرر موجود وقد يدخل في الغرر غير المؤثر إذا دعت الحاجة إلى مثل هذه العقود (منظمة المؤتمر الإسلامي، ١٩٩٦: العدد التاسع ٣٢٩/٢ وما بعدها)؛ لأن الحاجة تُنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة (السيوطي، ١٩٥٩: ٨٨).

وبالرغم مما سبق ذكره فإن الضرير لم يجزم بجواز عقد التوريد وتوقف فيه (منظمة المؤتمر الإسلامي، ١٩٩٦: العدد التاسع ٣٣٣/٢ وما بعدها)، في حين أن الزرقا (الزرقا، ١٩٦٨: ٧١٠/٢ وما بعدها) أجاز عقود التوريد؛ بسبب الحاجة الملحة إلى حرية في أساليب التعاقد نتيجة لتطور الحياة الاقتصادية العامة.

...ويعتبر الجواهري أن تأجيل البدلين في عقود التوريد لا غرر فيه؛ لأن المبيع مقسط على آجال معلومة، والثمن أيضاً محدد ومقسط على آجال معلومة، والغرر المنهي عنه هو ما تردد المعقود عليه بين الوجود والعدم (منظمة المؤتمر الإسلامي، ١٩٩٦: العدد التاسع ٣٠٩/٢؛ الجواهري، ١٩٩٦: ٢٦٢).

...ويرى الباحثان أن دعوى عدم الغرر في عقود التوريد والتي قد تؤول إليها بعض العقود لا تثبت؛ إذ لا يكاد عقد يخلو من يسير الغرر (العبدري، ١٩٧٧: ٣٦٥/٤؛ الزرقاني، ١٩٩٠: ٣٩٧/٣) وعليه فإن نفي الجواهري للغرر يمكن أن يحمل على نفي الغرر المنهي عنه، وهو ما كان كثيراً، حيث إن ما يُراد توريده محدد بأوصاف معينة وبكميات محددة ومعلومة، وهو إما أن يكون موجوداً ومتوفراً حال العقد، وإما أن يتوفر أو يوجد وقت استحقاقه، ومن ثَم فغرره قليل لا يؤثر في صحة العقد، وكذلك الأمر بالنسبة للثمن فإنه يكون معلوماً قدراً وصفة وأجلاً، وعلى فرض وجود غرر في عقود التوريد ولو كان كثيراً فإن الحاجة باتت ماسة وعامة فتُنزل منزلة الضرورة، مما يجعل هذا الغرر مغتفراً وغير مانع من صحة هذه العقود.

المطلب الثاني: مسألة بيع الدين بالدين:

...تُعد شبهة اعتبار عقود التوريد من قبيل بيع الدين بالدين نتيجة أخرى مترتبة على تأجيل البدلين، خاصة وأنه بعد إبرام عقد التوريد لا يتم تعجيل البدلين أو أحدهما، بل يُؤجل كل من المبيع والثمن.

...واعتبار عقود التوريد من قبيل بيع الدين بالدين يحتاج إلى تحقيق وبيان، إذ إن هذا الاعتبار يستند إلى حديث عبدالله بن عمر – رضي الله عنه – حيث قال: "نهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن بيع الكالئ بالكالئ"(مصنف عبدالرزاق، ١٩٨٢: ٩٠/٨؛ سنن الدارقطني، ١٩٦٦: ٧١/٣،٧٢؛ مستدرك الحاكم، ١٩٩٠: ٦٥/٢،٦٦؛ السنن الكبرى للبيهقي، ١٩٩٤: ٢٩٠/٥؛ العلل المتناهية لابن الجوزي، ١٩٨٢: ٦٠١/٢)؛ مما جعل بعض العلماء كالجصاص يرى أن كل معاملة وُجدت بين اثنين وكانت نسيئة من الطرفين غير مشروعة؛ لأنه يعتبر بيع الدين بالدين من أبواب الربا (الجصاص، ١٩٨٤: ١٨٦/٢)، ونقل ابن المنذر الإجماع على عدم جواز بيع الدين بالدين (ابن المنذر،١٩٨١: ٩٢)، وذكر ذلك أيضاً ابن رشد حيث قال: "فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز بإجماع لا في العين ولا في الذمة لأنه الدين بالدين المنهي عنه" (ابن رشد، د. ت.: ٩٤/٢)، كما ويرى ابن تيمية وابن القيم أن بيع الدين بالدين لا يعود بالنفع على المتعاقدين؛ لانشغال ذمة كل منهما من غير فائدة (ابن تيمية، د. ت.: ٤٧٢/٢٩؛ ابن القيم، ١٩٧٣: ٩/٢).

ويرى الثبيتي أن العقود التي يتم فيها بيع العين الموصوفة الموجودة سواء في بلد المتعاقدين أو في غير بلدهما لا يشترط فيها تسليم الثمن، أما العقود التي يكون المبيع فيها موصوفاً في الذمة أو مسلماً فيه فإنه

يشترط فيها تسليم الثمن في مجلس العقد؛ لئلا يتعلق البدلان في الذمة، إذ يدخل ذلك في بيع الدين بالدين المنهي عنه في الحديث المشهور، حيث تلقته الأمة بالقبول وإن كان في سنده أو متنه بعض الاعتراضات (منظمة المؤتمر الإسلامي، ١٩٩٦: العدد التاسع ٣٢٠/٢ وما بعدها).

ولا يسلم كل من المصري والمطلق بأن عقود التوريد تدخل في بيع الدين بالدين (المصري، ١٩٩٦: ٢١٩ وما بعدها؛ المطلق، ١٩٩٣: ٣٤ وما بعدها)؛ لأنه يمكن الرد على ما سبق بما يلي:

حديث الكالئ بالكالئ حديث ضعيف، فقد ذكر ابن حجر أن الحاكم صححه على شرط مسلم، ووهم؛ لأن راويه موسى بن عبيدة الربذي لا موسى بن عقبة، وأن ابن حنبل لا تحل عنده الرواية عنه، ولا يعرف هذا الحديث عن غيره، وأنه ليس في هذا حديث يصح، ونقل عن الشافعي أن أهل الحديث يوهنون هذا الحديث، وأن الدارقطني جزم في العلل بأن موسى بن عبيدة تفرد به (العسقلاني، ١٩٦٤: ٢٦/٣).

إن دعوى اعتبار تأجيل البدلين في عقود التوريد يدرجها في الربا؛ لأن بيع الدين بالدين من أبواب الربا هي دعوى غير مسلمة، إذ إن البدلين في عقود التوريد مختلفان، وفيها مبادلة سلعة بنقد، فلا تدخل في الربا المحرم (المصري، ١٩٩٦: ٢٢٠).

إن دعوى الإجماع على تحريم بيع الدين بالدين لم تثبت، فإن ابن القيم قال: "إن بيع الدين بالدين ليس فيه نص عام، ولا إجماع، وإنما ورد النهي عن بيع الكالئ بالكالئ، والكالئ هو المؤخر الذي لم يقبض، كما لو أسلم شيئا في شيء في الذمة وكلاهما مؤخر فهذا لا يجوز بالاتفاق، وهو بيع كالئ بكالئ" (ابن القيم، ١٩٧٣: ٨/٢).

وفسر الإمام مالك الكالئ بالكالئ "أن يبيع الرجل دينا له على رجل بدين على رجل آخر" (مالك، ٦٦٠/٢)، واختلاف تفسير الكالئ بالكالئ دليل على عدم الإجماع على معنى واحد (المصري، ١٩٩٦: ٢٢٠).

وأما القول بأن في تأجيل البدلين انشغال ذمة كل من المتعاقدين من غير فائدة فليس مسلماً؛ إذ لو كان كذلك لما تعاقد بذلك أحد، وقد يكون للمتعاقدين غرض سليم في تأجيل البدلين (منظمة المؤتمر الإسلامي، ١٩٩٦: العدد التاسع ٣٣٣/٢).

الترجيح:

بناءً على ما سبق فإن الباحثين يرجحان ما خلص إليه الدكتور المصري من أن حديث بيع الكالئ بالكالئ لا يقف مانعاً من جواز عقود التوريد والمقاولة، بالإضافة إلى عموم الحاجة إليها، والحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة (المصري، ١٩٩٦: ٢٢٠ وما بعدها).

ويُشار هنا أن الدكتور عبدالله المطلق يرى أن عقود التوريد يمكن إلحاقها بصور فقهية قديمة تشبهها قد بحثها المتقدمون من الفقهاء (المطلق، ١٩٩٣: ٣٣ وما بعدها)، ومن هذه الصور:

١- بيع موصوف في الذمة غير معين لا على وجه السلم:

...السلم جائز بالإجماع (ابن المنذر، ١٩٨١: ٩٣؛ ابن رشد، د. ت.:١٥١/٢)؛ حيث أجازه الشارع بما رواه ابن عباس – رضي الله عنه – أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: "من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم" (صحيح البخاري: ٧٨١/٢؛ صحيح مسلم: ١٢٢٦/٣)، والسلم يتم فيه بيع موصوف في الذمة إلى أجل معلوم، مع اشتراط تعجيل الثمن في مجلس العقد، أما بيع موصوف في الذمة غير معين ليس على وجه السلم فقد اختلف فيه الفقهاء على ثلاثة أقوال هي كالتالي:

القول الأول:

...يصح البيع على الصفة، قال به الحنفية، والمالكية، والشافعية في قول، والحنابلة في الأظهر، وقال به أيضاً الظاهرية (الكاساني، ١٩٨٢: ١٦٣/٥؛ ابن بكر، د. ت.: ٢٩٨/٥؛ الدردير، د. ت.:٢٧/٣؛ ابن رشد، د. ت.: ١١٧/٢؛ الشيرازي، د. ت.: ٢٦٣/١؛ النووي، ١٩٩٦: ٢٧٤/٩؛ ابن مفلح، ١٩٧٩: ٢٧/٤؛ المرداوي، د. ت.: ٢٩٩/٤؛ ابن حزم، د. ت.: ٣٨٩/٨).

القول الثاني:

لا يصح البيع على الصفة، وبه قال الشافعية في الأظهر، والحنابلة في وجه (الشيرازي، د. ت.: ٢٦٣/١؛ النووي، ١٩٩٦: ٢٧٤/٩؛ ابن مفلح، ١٩٧٩: ٢٧/٤؛ المرداوي، د. ت.: ٢٩٩/٤).

القول الثالث:

يصح البيع على الصفة إن كان قد ملكه البائع، وإلا فلا، وبه قال الحنابلة في وجه ثالث (ابن مفلح، ١٩٧٩: ٢٧/٤؛ المرداوي، د. ت.: ٢٩٩/٤).

سبب الخلاف:

......يعود سبب الخلاف إلى اختلافهم في الغرر الناشئ عن نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هل هو من الغرر الكثير أم أنه من الغرر اليسير المعفو عنه فمن رآه من الغرر الكثير منعه، ومن رآه من الغرر اليسير أجازه، ومن أثبت للمشتري خيار الرؤية رأى أنه لا غرر هناك حتى وإن لم تكن له رؤية (ابن رشد، د. ت.: ١١٧/٢).

...ويرجح الباحثان أن الغرر في عقود التوريد غير مؤثر في صحة العقد.

...ثم اختلف القائلون بصحة بيع موصوف في الذمة غير معين لا على وجه السلم في اشتراط قبض الثمن في مجلس العقد على قولين هما:

القول الأول:

...يشترط قبض الثمن في مجلس العقد؛ ليخرج عن بيع الدين بالدين، وبه قال الحنفية، والحنابلة في الصحيح في مذهبهم، وقال به أيضاً الظاهرية (السرخسي، ١٩٨٥: ١٢٧/١٢؛ ابن مفلح، ١٩٧٩: ٢٧/٤؛ ابن حزم، د. ت.: ٣٣٧/٨).

القول الثاني:

...لا يُشترط قبض الثمن؛ لأنه بيع حال، وبه قال المالكية إذ قيدوا هذا الشرط فيما لا يُؤمن تغيره، وأجازوا دفع الثمن تطوعاً، وعدم اشتراطه مطلقاً قال به أيضاً القاضي من الحنابلة (الدردير، د. ت.: ٢٧/٣؛ ابن مفلح، ١٩٧٩: ٢٧/٤).

الترجيح:

...يرى الباحثان أن حديث بيع الدين بالدين – الكالئ بالكالئ – لا يقف مانعاً من جواز عقود التوريد والمقاولة، بالإضافة إلى عموم الحاجة إليها، والحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة؛ كما ويُقال في هذا الخلاف ما قيل في مسألة بيع الدين بالدين السابق ذكرها.

...وبناءً على ما سبق فإن بيع الموصوف في الذمة غير المعين لا على وجه السلم يُعتبر صورة من صور عقود التوريد التي يجري التعامل بها اليوم؛ ولذلك يرى الشيخ عبدالوهاب أبو سليمان أن عقد التوريد لا إشكال فيه، بل له مخرج واسع عند المالكية، فهو من قبيل بيع الصفة التي يتأجل فيها البدلان (منظمة المؤتمر الإسلامي، ١٩٩٦: العدد التاسع ٣١٤/٢).

٢- الشراء من دائم العمل أو الشراء المستمر:

...يعتبر الشراء من دائم العمل كالخباز واللحام بيعاً، ويسمى بيعة أهل المدينة، فقد كان أحدهم يبتاع اللحم بسعر معلوم، يأخذ كل يوم شيئاً معلوماً، ويشرع في الأخذ ويتأخر الثمن إلى العطاء وكذلك كل ما يباع في الأسواق، ولا يكون إلا بأمر معلوم يسمي ما يأخذ كل يوم، ولم يكن يُعتبر ذلك من باب بيع الدين الدين (الحطاب، ١٩٧٧: ٥٨٣/٤).

...ويجوز الشراء من دائم العمل بثمن معجل أو مؤجل، ويخالف بذلك السلم؛ لعدم اشتراط تعجيل الثمن وتأجيل المثمن، فهو بيع لأن البيع لا يشترط فيه واحد من الأمرين (الدسوقي، د. ت.: ٢١٦/٣).

والشراء من دائم العمل له صورتان:

أن يتعاقد معه على أنه يأخذ كل يوم بعشرة دراهم خبزاً مثلاً، ويثبت لكل منهما الفسخ.

أن يأخذ جملة منه يفرقها على أيام وليس لأحدهما الفسخ في هذه الصورة (العدوي، ١٩٩١: ٢٣٦/٢؛ الدسوقي، د. ت.: ٢١٦/٣؛ الدردير، د. ت.: ٢١٦/٣).

...أما الشراء المستمر كشراء لبن الغنم شهراً، فقد رُوي عن الحسن البصري قوله بجوازه (النووي، ١٩٩٦: ٣٠٩/٩)، وسُئل الإمام مالك: "أرأيت إن اشتريت لبن عشر شياه بأعيانها في أبان لبنها، أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال: نعم ذلك جائز إذا سمى شهراً أو شهرين أو ثلاثة، وكان قد عرف وجه حلابها فلا بأس به" (مالك، د. ت.: ٢٩٦/١٠؛ النووي، ١٩٩٦: ٣٠٩/٩).

...ويُعتبر الشراء المستمر أو من دائم العمل أحد صور عقود التوريد المعاصرة.

ثالثاً: مسألة بيع ما ليس عنده:

...يلتزم المورد في عقود التوريد بتوريد سلع في آجال معلومة على أن تكون أوصافها مطابقة لأوصاف وشروط العقد، وهذه السلع قد تكون موجودة عنده أو غير موجودة، فهل يمكن اعتبار عقود التوريد من قبيل بيع الإنسان ما ليس عنده إذا كانت السلع غير موجودة ولا يملكها؟

...وإجابة هذا السؤال تحتاج إلى فهم معنى (بيع الإنسان ما ليس عنده)، فإن عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده قال: "نهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن بيع ما ليس عندك" (مسند أحمد: ٢٠٥/٢؛ سنن أبي داود: ٥٣٥/٣؛ ابن ماجة: ٧٣٧/٢؛ النسائي: ٢٨٨/٧ وما بعدها)، وقد اختلف العلماء اختلافاً واسعاً في تفسير هذا الحديث، وبيان ذلك كما يلي:

ذكر ابن عبدالبر تفسيراً للمالكية وهو أنهم يحملون النهي عن (بيع ما ليس عندك) على الطعام وحده إلا ما كان من بيع العينة (ابن عبدالبر، ١٩٦٦: ٣٣٣/١٣)؛ لما رواه ابن عمر عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: "من اشترى طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه" (صحيح ابن حبان: ٣٥٤/١١؛الطحاوي: ٣٨/٤).

وفسره الشافعي بأنه بيع العين التي لا يملكها وبيع العين بلا ضمان (الشافعي، ١٩٧٢: ٢٠/٧)، وذكرت مثل هذا التفسير بعض كتب شروح الأحاديث (أبو الطيب، ٢٩١/١٩٩٤:٩؛ المباركفوري، د. ت.: ٣٦٠/٤؛ العسقلاني، ١٩٥٨: ٣٤٩/٤؛ ابن القيم، ١٩٩٥: ٢٩٩/٩)، فهو بيع ما هو في ملك الغير ثم يسعى البائع لتحصيله بالشراء من مالكه ودفعه للمشتري.

وفسر ابن القيم بيع الإنسان ما ليس عنده بأنه بيع ما ليس هو على ثقة من حصوله أو عدم حصوله، فيكون غرراً كبيع الآبق والشارد، والطير في الهواء، وما تحمل ناقته ونحوه (ابن القيم، ١٩٩٥: ٢٩٩/٩).

...ومن ينظر إلى ما سبق من تفسيرات يجد أنها تفيد النهي إما عن بيع المعدوم، أو العين الغائبة، أو بيع الأعيان التي لا يملكها، فهي كلها شاملة للغرر وعدم القدرة على التسليم.

...والمبيع في عقود التوريد إما أن يكون موجوداً عند المورد أو غير موجود عنده حال العقد ولكن يغلب على الظن وجوده وقت استحقاقه، كما أن المورد قد يكون منتجاً للمبيع، أو متاجراً به وقادراً على تسليمه؛ لذلك فإن الدكتور المصري يرى أن عقود التوريد لا تدخل في النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده، لقدرته على التسليم في الموعد المحدد (المصري، ١٩٩٦: ٢٢٢)، ويوافقه الشيخ عبدالوهاب أبو سليمان؛ لأن المورد لا يبرم عقد التوريد إلا وهو واثق بحصوله على المبيع وفق الالتزامات الواردة في العقد (منظمة المؤتمر الإسلامي، ١٩٩٦: العدد التاسع ٣١٥/٢)، كما أن الضرير يرى ذلك أيضاً (منظمة المؤتمر الإسلامي، ١٩٩٦: العدد التاسع ٣٣٠/٢،٣٣١).

الترجيح:

...يرجح الباحثان ما ذهب إليه الدكتور المصري وغيره من أن عقود التوريد ليست من باب بيع الإنسان ما ليس عنده؛ وذلك لقوة حجتهم، ولانتفاء معنى الحديث المحتمل في هذه العقود.

...وخلاصة لما سبق يمكن القول بأن عقود توريد هي مشروعة لا تدخل في بيع الدين بالدين، ولا في بيع ما ليس عنده، بل يمكن إلحاقها بالصور الفقهية سابقة الذكر والتي بحثها الفقهاء المتقدمون.

المبحث الثالث

عقود المقاولات وأنواعها

...لا تقتصر العقود التي يجري التعامل بها اليوم على أن يكون موضوعها (محل العقد) سلعاً تؤول بها إلى عقود توريد والتي تم الحديث عنها سابقاً، بل يمكن أن يكون محل العقد عملاً فقط يتعهد به أحد المتعاقدين، فتؤول الالتزامات إلى ما يعرف بعقد مقاولة في العرف، وإجارة في الشرع، ويمكن أن يكون عملاً ومواد يتعهد أحد المتعاقدين بتقديمها، فتؤول الالتزامات إلى عقد مقاولة في العرف، واستصناعاً في الشرع (التارزي، ١٩٩٢: ٥٨٠؛ المصري، ١٩٩٦: ٢٠٢، ٢١٧)، وقبل الشروع في بيان أهم أحكام هذا النوع من العقود يلزم التعريف بالمقاولة وطرق إبرامها وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف المقاولة:

أولاً: تعريف المقاولة لغة:

...المقاولة صيغة مبالغة على وزن مفاعلة، تقتضي مشاركة من أطراف متعددة، وأصل اشتقاقها الفعل قال يقول قولاً وقولة ومقالاً، وقاوله في أمره وتقاولا أي تفاوضا (الرازي، ١٩٩٥: ٢٣٢؛ ابن منظور، د. ت.: ٥٧٧/١١)، فالمقاولة معناها المفاوضة والمجادلة.

ثانياً: تعريف عقد المقاولة اصطلاحاً:

...يُعتبر مصطلح عقد المقاولة من المصطلحات القانونية الحديثة، ولذلك عرفه علماء الشرع المعاصرون بتعريفه القانوني وهو: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر

يتعهد به المتعاقد الآخر" (السنهوري، ١٩٦٤: ٧/٥؛ الزحيلي، ١٩٩٧: ٣١٧٢/٤؛ المصري، ١٩٩٦: ٢٠٢؛ التارزي، ١٩٩٢: ٥٨٠).

...والمقاول في عقد المقاولة هو مَن يتعهد بصناعة شيء معين، أو بأداء عمل معين، والعاقد الآخر هو مَن يتعهد بالأجر للمقاول مقابل تنفيذ التزاماته، وهذا الأجر غالباً ما يُؤدى على شكل دفعات أو أقساط؛ ولذلك أضاف المصري في تعريفه لعقد مقاولة الأشغال العامة قوله:"لقاء مقابل محدد يُدفع على نجوم (أقساط)" (المصري، ١٩٩٦: ٢٠٣).

...ويُشار هنا أنه بالرغم من كون المقاولة مصطلحاً قانونياً إلا أن مجلة الأحكام العدلية المستَمدة موادها من الفقه الحنفي استعملته في تفسير الاستصناع حيث جاء فيها: "الاستصناع عقد مقاولة مع أهل الصنعة، على أن يعمل شيئاً، فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع" (أسرة جمعية المجلة، د. ت.: ٣١)، وجاء في موضع آخر:" لو تقاول مع صاحب معمل أن يصنع له كذا بندقية كل واحدة بكذا قرشاً وبيّن الطول والحجم وسائر أوصافها اللازمة وقبل صاحب المعمل انعقد الاستصناع" (أسرة جمعية المجلة، د. ت.: ٧٥ وما بعدها)، ويُفهم من ذلك كما ذكر المصري أن مجلة الأحكام العدلية اعتبرت الاستصناع والمقاولة شيئاً واحداً (المصري، ١٩٩٦: ٢٢٢ وما بعدها)، مع أن المقاولة في القانون الوضعي أعم من الاستصناع في الشرع (التارزي، ١٩٩٢: ٥٨١)، إذ أنها تشمل الاستصناع والإجارة كما أُشير إلى ذلك سابقاً، وليس كذلك الاستصناع.

واستناداً إلى ما سبق يمكن تعريف المقاولات بأنها: العقود التي يتعهد بمقتضاها أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

المطلب الثاني: أنواع المقاولات:

...تتنوع المقاولات تنوعاً كبيراً؛ نتيجة لتنوع الأعمال التي يلتزم المقاول بأدائها، وهذه الأعمال تختلف من مقاولة إلى أخرى بحسب اعتبارات عديدة هي:

الفرع الأولً: باعتبار طبيعة العمل:

وتنقسم المقاولات بهذا الاعتبار إلى قسمين هما:

١– مقاولات إجارة:

وهي المقاولات التي يتعهد فيها المقاول بتقديم العمل فقط (التارزي، ١٩٩٢: ٥٩٠)، بحيث يكون تحت إدارة وإشراف الطرف الآخر للعقد (السنهوري، ١٩٦٤: ١٢/٧؛ المصري، ١٩٩٦: ٢٠٢؛ التارزي، ١٩٩٢: ٥٩٠)، وهذا العمل إما أن يكون غير متصل بشيء معين، كنقل الأشخاص والطبع والنشر،

وإما أن يكون متصلاً بشيء معين سواء كان موجوداً وقت العقد أو غير موجود، وهذا الشيء لا يملكه المقاول، بل يقدمه الطرف الآخر للعقد، وإنما يمارس المقاول العمل عليه فقط، كترميم الأبنية أو دهانها، وكتجديد الأثاث (السنهوري، ١٩٦٤: ٣١/٧)، وكتصليح أجهزة الحاسوب أو معدات أخرى، وهذه الأمثلة تندرج ضمن عقود الصيانة، وتُعتبر مقاولات إجارة لأنها تقوم حقيقة على الاستئجار للعمل، يُؤكد ذلك ما ورد في البدائع حيث جاء فيها: " فإن سلم إلى حداد حديداً ليعمل له إناءً معلوماً بأجر معلوم، أو جلداً إلى خفاف ليعمل له خفاً معلوماً بأجر معلوم فذلك جائز ولا خيار فيه؛ لأن هذا ليس باستصناع، بل هو استئجار فكان جائزاً" (الكاساني، ١٩٨٢: ٤/٥).

٢- مقاولات استصناع:

وهي المقاولات التي يتعهد فيها المقاول بتقديم العمل والمادة معاً (المصري، ١٩٩٦: ٢٠٢؛ التارزي، ١٩٩٢: ٥٩٠)، وتُعتبر مقاولات استصناع لأنها يصدق عليها صورة الاستصناع عند القائلين بجوازه وهم الحنفية، فقد جاء في البدائع في ذلك ما نصه: "أما صورة الاستصناع: فهي أن يقول إنسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرهما اعمل لي خفا أو آنية من أديم أو نحاس من عندك بثمن كذا" (الكاساني، ١٩٨٢: ٢/٥).

ومقاولات الاستصناع قد يصدق عليها أنها تجمع بين البيع وخاصة السلم وبين الإجارة وذلك بحسب تعريف السمرقندي (وغيره من الحنفية للاستصناع، إذ عرّفه بأنه: "عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع" (السمرقندي، ١٩٨٤: ٣٦٢/٢)، ويقول صاحب البدائع بشأن الاستصناع: "فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والإجارة؛ لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل؛ وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً" (الكاساني، ١٩٨٢: ٣/٥).

...ويرى القره داغي أن الاستصناع ليس كالسلم الذي لابد فيه من قبض رأس المال في المجلس، وليس كالبيع الذي لابد فيه من وجود المبيع، بل هو عقد يكون المعقود عليه وهو العمل والعين في الذمة، ويجوز فيه تأجيل الثمن أو تقسيطه، مما يساهم في تنشيط الصناعة وزيادة المرونة في سوق المال (القره داغي، ١٩٩٤:٤٦٦).

...ويرجح الباحثان ما ذهب إليه الدكتور القره داغي؛ للأسباب ذاتها التي أوردها.

الفرع الثاني: باعتبار حجم العمل:

وتنقسم المقاولات بهذا الاعتبار إلى قسمين هما:

١- مقاولات صغيرة:

وتتناول أعمالاً صغيرة، وغالباً ما تتعلق بأعمال المهن الحرة كالنجار وغيرها.

٢- مقاولات كبيرة:

وتتناول أعمالاً كبيرة، وعادة ما تتعلق بتشييد المباني والجسور والسدود وغيرها.

الفرع الثالث: باعتبار جنس العمل:

وتنقسم المقاولات بهذا الاعتبار إلى أقسام عديدة بحسب العمل الذي ينسب إلى المقاولة، فهناك مقاولات بناء، ومقاولات أشغال عامة، ومقاولات نقل وغيرها.

...كما وتنقسم المقاولات باعتبار جنس العمل إلى قسمين آخرين هما:

١- مقاولات مادية:

وتتناول الأعمال المادية كإنشاءات المباني والجسور والسدود وغيرها.

٢- مقاولات عقلية:

وهي التي ترد على أعمال ناتجة عن مجهود عقلي وليس مادي، كالأعمال القانونية مثل المحاماة، وكالأعمال الفنية مثل تصميم يضعه مهندس معماري.

الفرع الرابع: باعتبار متعلق العمل:

...وتنقسم المقاولات بهذا الاعتبار إلى قسمين هما:

١- مقاولات عامة:

وهي التي تتعلق أعمالها بالمرافق العامة والأشغال العامة والنقل وغيرها، وتكون الحكومة أو المؤسسات العامة طرفاً فيها.

٢- مقاولات خاصة:

وهي التي تتعلق أعمالها بمرافق ومصالح خاصة بالأفراد والشركات ولا تكون الحكومة أو المؤسسات العامة طرفاً فيها (السنهوري، ١٩٦٤: ٣١/٧ وما بعدها).

المبحث الرابع

التكييف الشرعي والحكم الفقهي لعقد المقاولة

...أُشير سابقاً إلى أن عقود المقاولات إما أن تكون إجارة، وإما إن تكون استصناعاً، والإجارة جائزة شرعاً، بدليل قوله تعالى: { قالت إحداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين } (القصص: ٢٦)، وبدليل قوله – صلى الله عليه وسلم –: "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يؤته أجرته" (صحيح البخاري: ٧٧٦/٢، ٧٩٢)، وبدليل إجماع الأمة (ابن المنذر، ١٩٨١: ١٠١).

والاستصناع أجازه الحنفية استحساناً؛ ولأن الناس تعاملوا به في سائر الأزمان من غير أن ينكر أحد ذلك فكان إجماعاً (الرازي، ١٩٨٤: ٣٨/٢؛ الكاساني، ١٩٨٢: ٢٠٩/٥)، وأما المالكية والشافعية والحنابلة فإنهم اعتبروا الاستصناع سلماً؛ فأعطوه حكمه وشروطه (مالك، د. ت.: ١٩/٩؛العبدري،

١٩٧٧: ٥٣٩/٤؛ الشيرازي، د. ت.: ٢٩٨/١؛ البجيرمي، د. ت.: ٣٤٠/٢؛ البهوتي، ١٩٨١: ٢٩٥/٣؛ ابن تيمية، ١٩٨٣: ٣٣٤/١)؛ وهذا خلاف ما اشتهر عنهم من أنهم لا يجيزون الاستصناع، وقد أشار إلى ذلك التارزي وعلله بقوله: "القضية قضية تخريج، والتزام بمصطلحات معينة لكل مذهب" (التارزي، ١٩٩٢: ٥٧٧ وما بعدها).

...والاستصناع الذي يجري التعامل به اليوم يحتاج إلى مناقشة المسائل المتعلقة ببعض الضوابط والأحكام التي قررها العلماء لجواز عقد الاستصناع، وهي وفق المطالب التالية:

المطلب الأول: مسألة اشتراط أن يكون المصنوع مما يجري التعامل فيه بين الناس:

...لقد اشترط الحنفية لصحة الاستصناع أن يكون الشيء المراد صنعه مما تعارف الناس فيه، فإن كان مما لم يُتعارف فيه فلا يصح (المرغيناني، د. ت.: ٧٨/٣؛ السرخسي، ١٩٨٥: ٨٥/١٥،٨٦)؛ وهذا ما اشترطته مجلة الأحكام العدلية أيضاً، إلا أنها ناقضت ذلك حينما اعتبرت أن بيان المدة فيما لم يُتعامل باستصناعه يصيره سلماً، وعدم بيان المدة فيه يجعله استصناعاً (أسرة جمعية المجلة، د. ت.: ٧٦)، مع أن الشرط يقتضي عدم صحة هذا الاستصناع.

...ويُشار هنا إلى أن التارزي ذكر أن ما يجري التعامل فيه بين الناس في تغير وتطور مستمر، وأنه لا يمكن الوقوف عليه عند زمن أو مكان معين، ومن ثَم فإن حاجات الناس المتطورة والمتغيرة تستدعي ألا ينحصر الاستصناع فيما جرى فيه التعامل في الماضي؛ لأن الناس اليوم غدوا في أشد الحاجة إلى التوسع في مجالات جديدة للاستصناع (التارزي، ١٩٩٢: ٥٨٥ وما بعدها)، كصناعة الزوارق والسفن والبنادق وغيرها مما مثلت له مجلة الأحكام العدلية (أسرة جمعية المجلة، د. ت.: ٧٥).

...ويرى الباحثان صحة ما ذهب إليه التارزي؛ لأن الشريعة إنما قامت لتحقيق مصالح العباد وسد حاجاتهم ورفع العنت عنهم، والجمود عند زمن أو مكان معين ينافي صلاحية هذه الشريعة لكل زمان ومكان، كما أنه لا حرج في تعامل الناس فيما هو جديد مادام لا يترتب عليه غرر أو ضرر.

المطلب الثاني: مسألة اشتراط ألا يكون في الاستصناع أجل:

...وهذا الشرط قال به أبو حنيفة؛ لأن ذكر الأجل في الاستصناع عنده يُصيره سلماً، باعتبار أن الأجل من شروط السلم، وقال الصاحبان أنه لا يُشترط عدم ذكر الأجل فيه، فهو استصناع سواء ذُكر الأجل أم لا؛ لأن اللفظ حقيقة له فيحافظ على مقتضاه، ويُحمل ذكر الأجل على التعجيل (المرغيناني، د. ت.: ٧٨/٣؛ ابن بكر، د. ت.: ١٨٦/٦؛ ابن عابدين، ١٩٦٥: ٢٢٣/٥).

...ويرجح الباحثان ما ذهب إليه الصاحبان؛ لأنه لكل من المتعاقدين في ذكر الأجل أو عدم ذكره ما يحقق مصلحته، وذكر الأجل لا يُخرج الاستصناع عن حقيقته.

المطلب الثالث: مسألة الإلزام في عقد الاستصناع:

...يُعتبر الاستصناع عند الحنفية عقداً غير لازم قبل العمل بلا خلاف، وللمتعاقدين خيار الامتناع قبل العمل، وكذلك بعد الانتهاء من العمل وقبل الرؤية فللصانع أن يبيعه ممن شاء؛ لأن العقد لم يقع على عين المصنوع بل على مثله في الذمة (الكاساني، ١٩٨٢: ٣/٥؛ ابن عابدين، ١٩٦٥: ٢٢٤/٥).

ونُقل عن أبي يوسف قوله بلزومه إذا جاء به كما وصفه؛ لدفع الضرر عن الصانع في إفساد أديمه وآلاته، فربما لا يرغب غيره في شرائه (السرخسي، ١٩٨٥: ١٣٩/١٢؛ الكاساني، ١٩٨٢: ٣/٥)، وبهذا القول أخذت مجلة الأحكام العدلية (أسرة جمعية المجلة، د. ت.: ٧٦).

...ويرى الباحثان أن القول باعتبار عقد الاستصناع لازماً إذا جاء المصنوع موافقاً لوصفه هو الراجح؛ لأنه يحقق المصلحة منه، ولأن في عدم لزومه تعطيلاً لعجلة الإنتاج، بالإضافة إلى أن الصناعة اليوم دخلت مجالات ذات أهمية كبيرة، وتكاليف باهضة، والتخيير فيها يؤدي إلى ضرر كبير يلحق بمصالح لها أهمية عظيمة، وهذا القول كان قد رجحه التارزي للأسباب السابقة (التارزي، ١٩٩٢: ٥٩٩).

المطلب الرابع: مسألة تأجيل البدلين في الاستصناع:

جاء في المجلة ما نصه: "لا يلزم في الاستصناع دفع الثمن حالا أي وقت العقد" (أسرة جمعية المجلة، د. ت.: ٧٦)، وبما أن المصنوع موصوف في الذمة فقد يرد أن ذلك يؤدي إلى بيع الدين بالدين المنهي عنه.

...ويُجاب على ذلك بما أُجيب على ذات المسألة في عقود التوريد في هذا البحث، بالإضافة إلى أن أحد البدلين في عقود المقاولة سواء كانت إجارة أو استصناع عبارة عن منفعة، والمنفعة كما يقول العلماء لا تُستوفى جملة واحدة، وإنما تُستوفى تدريجياً (المرغيناني، د. ت.: ٢٢٠/٣؛ الكاساني، ١٩٨٢: ١٩٦/٣؛ البهوتي، ١٩٨١: ٦٥/٤؛ ابن تيمية، د. ت.: ٣٩٩/٢٩؛ ابن حزم، د. ت.: ١٨٤/٨)، والبدل الآخر المتمثل بالثمن فقد يكون معجلاً أو مؤجلاً.

ويشير ابن عابدين إلى أن المنفعة تحدث شيئاً فشيئاً، ثم يقول: "وشأن البدل أن يكون مقابلاً للمبدل، وحيث لا يمكن استيفاؤها حالاً لا يلزم بدلها حالاً، إلا إذا شرطه ولو حكماً بأن عجله؛ لأنه صار ملتزماً له بنفسه حينئذ، وأبطل المساواة التي اقتضاها العقد فصح" (ابن عابدين، ١٩٦٥: ١٠/٦).

...وبناءً على ما سبق يمكن القول بأن عقود المقاولات سواء كانت إجارة أو استصناع هي عقود مشروعة، وكان ممن أجازها مصطفى الزرقا(الزرقا، ١٩٦٨: ٧١٠/٢).

النتائج والتوصيات

النتائج:

يمكن تلخيص أهم النتائج التي توصل إليها الباحث خلال هذه الدراسة، وذلك كما يلي:
إن عقود التوريد تتعدد أقسامها بحسب اعتبارات مختلفة، فهناك عقود توريد موحدة وحرة، وعقود توريد إدارية وخاصة، وعقود توريد عادية وصناعية.
الغرر في عقود التوريد يسير، ولا يؤثر في صحة العقد، وعلى فرض وجوده فإنه يُغتفر؛ لأن الحاجة باتت ماسة وعامة فتُنزل منزلة الضرورة.
عقود التوريد مشروعة، ولا تدخل في بيع الدين بالدين، ولا بيع ما ليس عندك، ويمكن إلحاقها بالصور الفقهية التي بحثها الفقهاء، كبيع الموصوف في الذمة غير المعين، وكبيع الصفة عند المالكية التي يتأجل فيها البدلان، وكالشراء المستمر أو من دائم العمل.
إن عقود المقاولات تتنوع بحسب اعتبارات عديدة تتعلق بالعمل وطبيعته، فهناك مقاولات إجارة واستصناع، ومقاولات مادية وعقلية، ومقاولات عامة وخاصة.

إن عقد التوريد والمقاولة يجب أن يكون لازماً إذا جاء المعقود عليه موافقاً لوصفه؛ لأن في عدم لزومه تعطيلاً لعجلة الإنتاج، بالإضافة إلى أن هذه العقود اليوم دخلت مجالات ذات أهمية كبيرة، وتكاليف باهضة، والتخيير فيها يؤدي إلى ضرر كبير.
أن ما يجري التعامل فيه بين الناس في تغير وتطور مستمر، وأنه لا يمكن الوقوف عليه عند زمن أو مكان معين، ومن ثَم فإن حاجات الناس المتطورة والمتغيرة تستدعي ألا تنحصر العقود فيما جرى فيه التعامل في الماضي؛ لأن الناس اليوم غدوا في أشد الحاجة إلى التوسع في مجالات جديدة، كصناعة الزوارق والسفن والبنادق وغيرها.
التوصيات:
عدم التهاون في الضوابط والأحكام التي قررها العلماء لصحة عقود التوريد والمقاولة.
ضرورة أن تلتزم عملياً المصارف والبنوك عند استثمار أموالها عن طريق عقود التوريد أو المقاولة بالأحكام الشرعية لهذه العقود، مع ضرورة متابعة ذلك عن طريق هيئات الرقابة الشرعية في تلك المصارف.
الهوامش والتوثيقات
١- القرآن الكريم والتفسير:
القرآن الكريم.
الجصاص: أحمد بن علي أبو بكر الرازي المعروف بالجصاص، (٣٠٥-٣٧٠هـ)، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، ط ١٤٠٥هـ، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
٢- السنة النبوية الشريفة وشروحها:

أحمد: أبو عبدالله أحمد بن حنبل الشيباني، (١٦٤-٢٤١هـ)، مسند أحمد، مؤسسة قرطبة – مصر.
البخاري: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، (١٩٤ – ٢٥٦هـ)، الجامع الصحيح المختصر، تحقيق د. مصطفى ديب البغا، ط الثالثة ١٤٠٧هـ – ١٩٨٧م، دار ابن كثير، اليمامة – بيروت.
البيهقي: أحمد بن الحسين بن علي أبو بكر البيهقي، (٣٨٤ – ٤٥٨هـ)، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبدالقادر عطا، ط ١٤١٤هـ – ١٩٩٤م، مكتبة دار الباز – مكة المكرمة.

الترمذي: محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، (٢٠٩ – ٢٧٩هـ)، سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي ـــ بيروت.
ابن الجوزي: عبدالرحمن بن علي بن الجوزي، (٥١٠-٥٩٧هـ)، العلل المتناهية في الأحاديث الواهية، تحقيق خليل الميس، ط الأولى ١٤٠٣هـ، دار الكتب العلمية – بيروت.
الحاكم: محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، (٣٢١ – ٤٠٥هـ)، المستدرك على الصحيحين، تحقيق مصطفى عبدالقادر عطا، ط الأولى ١٤١١هـ – ١٩٩٠م، دار الكتب العلمية – بيروت.
ابن حبان: محمد بن حبان بن أحمد التميمي، (ت٣٥٤هـ)، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق شعيب الأرنؤوط، ط الثانية ١٤١٤هـ – ١٩٩٣م، مؤسسة الرسالة – بيروت.
الدارقطني: علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني، (٣٠٦ – ٣٨٥هـ)، سنن الدارقطني، تحقيق السيد عبدالله هاشم المدني، ط ١٣٨٦هـ – ١٩٦٦م، دار المعرفة – بيروت.
أبو داود: سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، (٢٠٢ – ٢٧٥هـ)، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد، دار الفكر – بيروت.
أبو الطيب: محمد شمس الحق العظيم أبادي أبو الطيب، عون المعبود، ط الثانية ١٤١٥هـ، دار الكتب العلمية – بيروت.
ابن عبدالبر: أبو عمر يوسف بن عبدالله بن عبدالبر النمري، (٣٦٨ – ٤٦٣هـ)، التمهيد لابن عبدالبر، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبدالكبير البكري، ط ١٣٨٧هـ، وزارة عموم الأوقاف والشئون الإسلامية – المغرب.
عبدالرزاق: أبو بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني، (١٢٦ – ٢١١هـ)، مصنف عبدالرزاق، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، ط الثانية ١٤٠٣هـ، المكتب الإسلامي – بيروت.
العسقلاني: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، (٧٧٣ – ٨٥٢هـ)، فتح الباري، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ومحب الدين الخطيب، ط ١٣٧٩هـ، دار المعرفة – بيروت.

العسقلاني: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، (٧٧٣ – ٨٥٢هـ)، تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق السيد عبدالله المدني، ط ١٣٨٤هـ – ١٩٦٤م، المدينة المنورة.

ابن القيم: محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبدالله، (٦٩١ – ٧٥١هـ)، حاشية ابن القيم على سنن أبي داود، ط الثانية ١٤١٥هـ – ١٩٩٥م، دار الكتب العلمية – بيروت.

ابن ماجه: محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني، (٢٠٧ – ٢٧٥هـ)، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، دار الفكر – بيروت.

مالك: أبو عبدالله مالك بن أنس الأصبحي، (٩٣ – ١٧٩هـ)، موطأ مالك، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي – مصر.

المباركفوري: محمد عبدالرحمن بن عبدالرحيم أبو العلا المباركفوري، (١٢٨٣ – ١٣٥٣هـ)، تحفة الأحوذي، دار الكتب العلمية ـ بيروت.

مسلم: أبو الحسين بن الحجاج القشيري مسلم النيسابوري، (٢٠٦ – ٢٦١هـ)، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت.

٣– أصول الفقه والقواعد الفقهية:

الجصاص: أحمد بن علي الرازي، (٣٠٥ – ٣٧٠هـ)، الفصول في الأصول، تحقيق عجيل جاسم النشمي، ط الأولى ١٤٠٥هـ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت.

السيوطي: جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، (ت ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط الأخيرة ١٣٧٨هـ – ١٩٥٩م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر.

ابن القيم: محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي أبو عبدالله، (٦٩١ – ٧٥١هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق طه عبدالرؤوف سعد، ط ١٩٧٣هـ، دار الجيل – بيروت.

٤– كتب الفقه:

أولاً: الفقه الحنفي:

ابن بكر: زين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر، (٩٢٦ – ٩٧٠هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة – بيروت.

جمعية المجلة: مجلة الأحكام العدلية، تحقيق نجيب هواويني، كارخانه تجارت كتب.

السرخسي: محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، ط ١٤٠٦هـ، دار المعرفة – بيروت.

السمرقندي: محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي، (٥٣٩هـ)، تحفة الفقهاء، ط الأولى ١٤٠٥هـ، دار الكتب العلمية – بيروت.

ابن عابدين: محمد أمين المعروف بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ط الثانية ١٣٨٦هـ، دار الفكر – بيروت.

الكاساني: علاء الدين الكاساني، (ت٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط الثانية ١٩٨٢م، دار الكتاب العربي – بيروت.

المرغيناني: علي بن أبي بكر بن عبدالجليل المرغيناني أبو الحسين، (٥١١ – ٥٩٣هـ)، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية – بيروت.

ثانياً: الفقه المالكي:

الحطاب: محمد بن عبدالرحمن المغربي أبو عبدالله، (٩٠٢ – ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط الثانية ١٣٩٨هـ، دار الفكر – بيروت.

الدردير: سيدي أحمد الدردير أبو البركات، الشرح الكبير، تحقيق محمد عليش، دار الفكر – بيروت.

الدسوقي: محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عليش، دار الفكر – بيروت.

ابن رشد: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، (ت٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر – بيروت.

العبدري: محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبدالله، (ت٨٩٧هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط الثانية ١٣٩٨هـ، دار الفكر – بيروت.

العدوي: علي الصعيدي العدوي المالكي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، ط ١٤١٢هـ، دار الفكر – بيروت.

مالك: مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار صادر – بيروت.

ثالثاً: الفقه الشافعي:

البجيرمي: سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد)، المكتبة الإسلامية – ديار بكر – تركيا.

الشافعي: محمد بن إدريس الشافعي أبو عبدالله، (١٥٠ – ٢٠٤هـ)، الأم، ط الثانية ١٣٩٣هـ، دار المعرفة – بيروت.

الشربيني: محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق مكتب البحوث والدراسات – دار الفكر، ط ١٤١٥هـ، دار الفكر – بيروت.

الشيرازي: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر – بيروت.

النووي: أبو زكريا يحيي بن شرف النووي، (٦٣١ – ٦٧٦هـ)، المجموع شرح المهذب، تحقيق محمود مطرحي، ط الأولى ١٤١٧هـ – ١٩٩٦م، دار الفكر – بيروت.

رابعاً: الفقه الحنبلي:

البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، (١٠٠٠ – ١٠٥١هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، ط ١٤٠٢هـ، دار الفكر – بيروت.

ابن تيمية: عبدالسلام بن عبدالله بن تيمية، (٥٩٠ – ٦٥٢هـ)، المحرر في الفقه على مذهب أحمد بن حنبل، ط الثانية ١٤٠٤هـ، مكتبة المعارف – الرياض.

ابن تيمية: أحمد عبدالحليم بن تيمية الحراني أبو العباس، (٦٦١ – ٧٢٨هـ)، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، تحقيق عبدالرحمن محمد العاصمي، مكتبة ابن تيمية.

المرداوي: علي بن سليمان المرداوي أبو الحسن، (٨١٧ – ٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت.

ابن مفلح: إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق، (٨١٦ – ٨٨٤هـ)، المبدع في شرح المقنع، ط ١٤٠٠هـ، المكتب الإسلامي – بيروت.

خامساً: الفقه الظاهري:

ابن حزم: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، (٣٨٣ – ٤٥٦هـ)، المحلى، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة – بيروت.

٥- كتب فقهية حديثة:

الزحيلي: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط الرابعة ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م، دار الفكر – دمشق.

الزرقا: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط العاشرة ١٣٨٧هـ ـ ١٩٦٨م، مطبعة طربين – دمشق.

٦- مجلات وأبحاث ومقالات:

التارزي: مصطفى كمال التارزي، الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، العدد السابع، الجزء الثاني، ط ١٤١٢هـ – ١٩٩٢م.

الجواهري: حسن الجواهري، المناقصات عقد الاحتياط ودفع التهمة، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد التاسع، الجزء الثاني، ط ١٤١٧هـ – ١٩٩٦م.

القره داغي: علي محيي الدين القره داغي، التطبيقات الشرعية لإقامة السوق الإسلامية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثامنة، العدد الثامن، الجزء الثاني، ط ١٤١٥هـ – ١٩٩٤م.

المصري: رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد التاسع، الجزء الثاني، ط ١٤١٧هـ – ١٩٩٦م.
المطلق: عبدالله بن محمد المطلق، عقد التوريد (دراسة شرعية)، بحث منشور في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد العاشر، ط ١٤١٤هـ – ١٩٩٣م.
منظمة المؤتمر الإسلامي: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد التاسع، الجزء الثاني، ط ١٤١٧هـ – ١٩٩٦م.
٧- كتب اللغة والمعاجم:
الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، (ت٧٢١هـ)، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، ط جديدة ١٤١٥هـ – ١٩٩٥م، مكتبة لبنان ناشرون – بيروت.
الفيومي: أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير، ط الثانية ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م، المكتبة العصرية – بيروت.
ابن منظور: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، (٦٣٠ – ٧١١هـ)، لسان العرب، ط الأولى، دار صادر – بيروت.
٨- كتب فنية وقانونية:
السنهوري: عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ط ١٩٦٤م، دار إحياء التراث العربي – بيروت.
الطماوي: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط الخامسة ١٩٩١م، مطبعة جامعة عين شمس – القاهرة.

ابن المنذر: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري أبو بكر، (٢٤٢ – ٣١٨هـ)، الإجماع، تحقيق د. فؤاد عبدالمنعم أحمد، ط الثالثة ١٤٠٢هـ، دار الدعوة – الإسكندرية.
